



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

“La protección de los secretos empresariales en el
ámbito de los órganos de administración de las
sociedades de capital”

Autora

Laura Catalán Bret

Director

Luis Alberto Marco Arcalá

Facultad de Derecho
2020

Resumen

En las últimas décadas, hemos sido testigos de la creciente importancia de los activos intangibles en las sociedades de capital. Por ello es necesario analizar este tipo de activos y en este estudio concretamente nos centraremos en los secretos empresariales, cuya protección es necesaria para que la competitividad de las empresas aumente, creciendo su innovación. Por ello vamos a realizar un estudio que comenzará desde un análisis de los conceptos de información privilegiada, confidencial y secreto empresarial, hasta el transcurso de la normativa en relación con los secretos empresariales siempre a propósito de la obligación de lealtad de los administradores de las sociedades de capital.

Abstract

In the past decades, we have witnessed the increasing value of intangible assets in corporations. Therefore, I think it is necessary for us to analyse these types of assets, and for this reason, we will focus specifically on business secrets, whose protection is very important to maintain the business competitiveness and innovation. For this reason, we are going to carry out a study about an analysis of the concepts of privileged information, confidentiality and business secrecy, and the course of the legal framework regarding business secrets, always in regard to the due loyalty of company managers.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS

I. INTRODUCCIÓN

1. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA
3. APROXIMACIÓN A LOS SECRETOS EMPRESARIALES
 - 3.1 Normativa aplicable en España y en la Unión Europea**
 - 3.2 El deber de secreto de los administradores de las sociedades**
 - 3.2.1 Información sobre la que debe guardarse secreto
 - 3.2.2 Sujetos activos y pasivos de este deber
 - 3.2.3 Efectos de la protección de los secretos empresariales en las relaciones laborales.
 - 3.2.4 Incumplimiento de este deber

II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA
 - 1.1 Régimen aplicable a la información privilegiada**
2. LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL
 - 2.1 Relación del deber de secreto con el derecho de información de los socios.**
 - 2.1.1 Normativa aplicable al derecho de información de los socios
 - 2.1.1.1 Manifestaciones de este derecho
 - 2.1.1.2 Diferencias de la normativa en este derecho entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades de responsabilidad Limitada.
 - 2.1.2 Requisitos legales para el ejercicio de este derecho
 - 2.1.3 Derecho de información de los socios vs deber de guardar secreto por parte de los administradores

2.2 El deber de guardar secreto de los administradores

2.2.1 Sujetos obligados al secreto

2.2.2 Conductas prohibidas

2.2.3 Aplicación de estas conductas prohibidas tanto a secretos empresariales como a información confidencial. Diferencia entre ambos.

2.2.4 Acciones ante la infracción

2.2.5 Excepciones a este deber

2.2.6 Cuestiones controvertidas

2.2.6.1 Posibilidad de la existencia del deber de secreto entre los consejeros

2.2.6.2 Posibilidad de delimitar a los propios administradores el conocimiento de informaciones concretas

3. SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

4. APROXIMACIÓN A LA NUEVA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

4.1 Introducción

4.2 Valoración de la LSE

4.3 Tratamiento de las “experiencias y competencias” de los trabajadores

5. EL SECRETO EMPRESARIAL COMO OBJETO DE PROPIEDAD

5.1 Métodos de valoración económica de los secretos empresariales y Protección de los secretos empresariales según la Ley 1/2019

6. RELACIÓN DE LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES CON LA LEY
CONCURSAL

6.1 Cesión forzosa

6.2 Acción de indemnización por la cesión forzosa

6.3 Tratamiento de la información que supone el secreto empresarial en el transcurso de un procedimiento concursal

III. CONCLUSIONES

IV. BIBLIOGRAFÍA

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CP	Código Penal
DAM	Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)
DLE	Diccionario de la Lengua Española
DPE	Directiva 2006/114/CE, del PE y del consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006) sobre Publicidad engañosa y publicidad comparativa
DSE	Directiva (ue) 2016/943 del parlamento europeo y del consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas
DPCDC	Directiva 2005/29/CE, del PE y del consejo de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
FCA	Financial Conduct Authority
LCD	Ley 3/1991 de Competencia Desleal
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
LSE	Ley 1/2019 de Secretos Empresariales de 10 de febrero de 2019
PE	Parlamento Europeo
RAM	Reglamento (UE) nº 596/2014 del PE y del consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado
SA	Sociedad Anónima
SL	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal

TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

El derecho mercantil siempre me ha interesado mucho, incluso antes de empezar el grado en derecho, pues desde un principio me ha atraído el funcionamiento de los distintos operadores económicos en el mercado y desde el primer día que lo estudie en la facultad, pensé que sería la mejor área en la que desarrollar este trabajo.

La elección del tema surgió a raíz de una serie de textos y artículos a los que accedí en relación con los secretos empresariales con la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2019 de Secretos Empresariales de 10 de febrero de 2019 (en adelante LSE), que despertaron mi interés sobre el tema. Se trataba de artículos introductorios¹ a las novedades que esta ley traía consigo, que lograron que me planteara numerosas cuestiones al respecto.

Ello me llevó a pensar que en los últimos tiempos, hemos podido observar como son de gran importancia los activos intangibles en el ámbito de las sociedades de capital, concretamente y como aquí estudiamos, los secretos empresariales. Por ello considero que es muy necesario el estudio del ámbito de la protección de este tipo de activos para que la competitividad de las empresas aumente en el ámbito de la innovación y el desarrollo.

2. METODOLOGÍA

La metodología seguida se ha basado en un estudio genérico del régimen general de los secretos empresariales, adentrándome posteriormente en la protección de estos en el ámbito de los administradores de las sociedades de capital, estudiando todo esto desde la perspectiva de la doctrina actual y posteriormente basándome en jurisprudencia tanto actual como anterior a la nueva Ley, para comparar tanto el régimen anterior, como el actual y el europeo.

¹ CATALÁN MEZQUIRIZ, J., “La nueva ley de secretos empresariales” en *Revista Expansión*, disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/02/22/5c6fcb6446163fd7b38b45cb.html>

3. APROXIMACIÓN A LOS SECRETOS EMPRESARIALES

3.1 Normativa aplicable en España y en la Unión Europea

Como iremos viendo a lo largo de este trabajo la normativa principal reguladora de este deber en nuestro país es la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales de 10 de febrero de 2019, que es una transposición de la *directiva (ue) 2016/943 del parlamento europeo y del consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas* (en adelante DSE)

Si bien es cierto que Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC) también trata aspectos de este tema, así como para algunos ámbitos trataremos la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y nombraremos algunos aspectos de la normativa reguladora, previa a la actual, que podemos encontrar en la Ley /1991, de 10 de enero, de Competencia desleal

En todos estos textos voy a basar mi exposición a continuación.

3.2 El deber de secreto de los administradores de las sociedades

Desde siempre, se ha intentado proteger las informaciones delicadas de su divulgación por parte de los trabajadores de una empresa. Esto anteriormente se conseguía estableciendo cláusulas de confidencialidad en los contratos.

El legislador, con el objetivo de proteger de mayor forma este tipo de información, aprobó, como hemos dicho, el 10 de febrero de 2019 la LSE, la cual realiza una regulación exhaustiva del secreto empresarial aclarando muchas cuestiones.

Sin embargo, con anterioridad a esto la TRLSC también ha tratado este tema de la información confidencial y los secretos empresariales como trataremos más adelante.

3.2.1 Información sobre la que debe guardarse secreto

Para que la información sea susceptible de tratarse de secreto empresarial debe tener varias características concretas entre las que encontramos las siguientes:

- Debe ser de carácter societario, es decir debe pertenecer a la sociedad concreta
- Debe ser confidencial, es decir no debe estar publicada
- Y debe ser claro el interés de dicha sociedad de que este secreto no sea conocido por más personas, por su valor económico, y por tanto deben haber tomado medidas para que siga siendo así.

La definición concreta de secreto la encontramos en la LSE en su art. 1.

Debemos por tanto distinguir de forma adecuada el término información confidencial y secreto empresarial, distinción sobre la cual vamos a hablar más adelante pero que se basa en que el sentido de los secretos y la diferencia fundamental es que para salvaguardar la divulgación de estos se necesita adoptar determinadas medidas, pues tienen valor económico.

3.2.2 Sujetos activos y pasivos de este deber

En este caso hablamos concretamente de los administradores, los cuales tienen la obligación de guardar secreto sobre las informaciones susceptibles de tal cosa, de las que sean conocedores cuando entran en su cargo, por lo que no tienen dicha obligación respecto al conocimiento sobre determinada información que obtuvieron antes de acceder al cargo de administrador. Sin embargo, una vez finalizada su relación con la sociedad, este sigue teniendo la obligación de guardar secreto, lo cual se parece en parte, al deber de no competencia derivado de un contrato, por lo que podemos ver que realmente esta no es una característica esencial en el ámbito de los secretos empresariales, sino que se da en otros casos de la misma manera. Sin embargo según viene confirmado por la jurisprudencia del TS, el plazo máximo exigible de mantener dicho deber de confidencialidad por parte del exadministrador es de 4 años desde que dejó su cargo. Sin

bien es cierto que parte de la doctrina considera que este deber persiste siempre que su divulgación pueda dañar a la empresa². Por lo que los límites no están del todo claros.

Por tanto, debemos decir que sujetos de este deber son todos los administradores, independientemente de cómo esté organizado el órgano de dirección de la empresa concreta.

Punto que desarrollaremos al igual que los demás más adelante.

3.2.3 Efectos de la protección de los secretos empresariales en las relaciones laborales.

Como hemos dicho al principio la ley de Secretos Empresariales aborda un gran número de cuestiones, y algunas de estas repercuten en el ámbito de las relaciones entre empresa y trabajador.

A este respecto vemos que la ley en todo momento se esta dirigiendo también a los trabajadores laborales pues no los excluye en ninguna ocasión y por tanto se les tiene como potenciales responsables de realizar un acto de divulgación ilícita. Sin embargo, no se establece la posibilidad de actuar y exigirles responsabilidad en el ámbito laboral sino tan solo de forma judicial.

Una cuestión importante que afecta a las relaciones laborales es la de si el secreto empresarial se trata de un término que sustituye a la información confidencial y por tanto este debe ser sustituido en todos los contratos y adaptado a los requisitos anteriormente mencionados de secreto empresarial o si cada término significa una cosa distinta, siendo secreto empresarial lo que constituye el art. 1 de la LSE e información confidencial algo mucho más amplio dentro de la cual entrarían los secretos empresariales. Pues bien, este es un tema que trataremos de desarrollar más adelante.

3.2.4 Incumplimiento de este deber

En caso de que el administrador incumpla sus obligaciones en relación con este deber de secreto, debemos decir que puede incurrir en responsabilidad tanto civil como penal.

² SAP Barcelona, (Sala de lo civil, Sección 15ª) num. 10/2009 de 13 de enero de 2009 (RJ 6131/2009)

La sociedad podrá exigirle responsabilidad e incluso ejercitar acciones de daños y perjuicios como más detalladamente explicaré posteriormente.

Además como ya he adelantado pueden darse casos en los que incurra en delito penal en caso de aplicar el art. 199 del Código Penal, siendo empleado o el art. 295 CP referente al delito de administración desleal.

II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

1.1 Régimen aplicable a la información privilegiada

En primer lugar, decir que toda la información aquí contenida se basa en la aplicación de los preceptos de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (en adelante, DAM) y del posterior reglamento (ue) nº 596/2014 del parlamento europeo y del consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (en adelante, RAM). Esta normativa trata la información privilegiada desde el punto de que es un instrumento de manipulación del mercado y de abuso de este. El objetivo de la regulación de la misma es que no se produzcan dichos abusos y por tanto, se evite en todo momento la pérdida de confianza de los inversores en los mercados. En la actualidad, la perspectiva ya no es la de imponer normas para obligar a difundir la información que se entendía como relevante, sino más bien evitar que sujetos que pueden acceder a dicha información, la utilicen en su propio beneficio, fundamento que acoge el TS³.

La definición de información privilegiada⁴ viene establecida básicamente en el art. 7 RAM y en el caso del derecho español, anteriormente venía recogida en el art. 226 TRLMV completada por la Ley de Abuso de Mercado. Regulación que diferenciaba entre información privilegiada e información relevante, sin embargo la doctrina consideró que estos términos coincidían y finalmente en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, se

³ STS (Sala de lo contencioso, sección 3ª) de 28 de enero de 2013, (RJ 184/2013): “debía velar para que no se produjeran episodios de abuso de mercado como los que protagonizó obteniendo una ventaja económica (sin exponerse a los mismos riesgos que los demás inversores) conseguida mediante la información privilegiada de que disponía, de la que se prevaleció en su provecho con especial menoscabo de la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores”

⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El concepto de información privilegiada” en “*Sociedades Cotizadas y Transparencia en los mercados*, T. II”, páginas 1239-1264

estableció como un único término armonizándose así con la normativa comunitaria que hemos estado tratando y que vamos a analizar a continuación.

Debemos decir que la información se basa en cualquier “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una determinada materia”, según el Diccionario de la Lengua Española (DLE). Por consiguiente, debemos decir que el hecho de que una persona use sus conocimientos para deducir u obtener otros nuevos y transmitirlos no constituye el término información privilegiada y por tanto infracción o abuso de información privilegiada porque carece de la característica esencial, no se ha producido una ampliación de saberes que conocía con anterioridad a raíz de información exterior, sino que simplemente se ha dado un proceso con su propio intelecto de elementos que ya conocía y por tanto de los que ya disponía.

Una vez dicho lo anterior y en relación con esta definición, en primer lugar debemos tratar cuales son las **características principales en la definición de información privilegiada** recogida en el RAM. Debemos añadir aquí que a pesar de que existen varias definiciones de información privilegiada, voy a intentar añadir a continuación características comunes a todos estos conceptos.

En primer lugar, decir que se debe tratar de **información concreta**, es decir, precisa. La definición de concreto se recoge en el mismo RAM, estableciendo en su art. 7.2: *“si se refiere a una serie de circunstancias que se dan o que se puede esperar razonablemente que se van a dar, o a un hecho que ha sucedido o que se puede esperar razonablemente que va a suceder, siempre que esa información sea suficientemente específica para permitir extraer alguna conclusión sobre los efectos que esas circunstancias o ese hecho podrían tener en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos derivados relacionados, de los contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o de los productos subastados basados en derechos de emisión”*

Por consiguiente, entendemos que se incluye en esta definición tanto información sobre cuestiones que ya han tenido lugar, así como información sobre cuestiones que aún no se han producido, siempre y cuando la probabilidad de que se den sea muy alta o la perspectiva de que se va a dar sea muy real.

Se puede dar la cuestión de si deben considerarse los rumores, las valoraciones o las estadísticas como información privilegiada, pero la respuesta a esto es negativa.

En primer lugar, a pesar de que algunos autores acercan el concepto de rumor a la definición de información privilegiada sobre hechos todavía no acaecidos, debemos decir que se trata de una información de la que ni siquiera conocemos su portavoz y por lo tanto no tenemos ningún tipo de certeza al respecto, debemos decir que la incertidumbre es la principal característica de los rumores y por tanto cuando estos dejan de ser inciertos, se alejan de la definición de rumor y se acercan a la de información, por lo que esa es la fina línea que los separa, no pudiendo por tanto considerarlos como iguales.

Respecto a las valoraciones no son nunca informaciones concretas pues se elaboran a través de procesos mentales de quien las producen y por tanto carecen de los elementos esenciales que hemos explicado con anterioridad.

Finalmente respecto a las estadísticas, al igual que la anterior, son resultado de valoraciones y agrupaciones de datos, los cuales sí que pueden ser objeto de información privilegiada, pero no la estadística en si. Además si tales datos son públicos, ni siquiera estos constituyen tal cosa.

A parte de todo esto puede surgir la duda al respecto de las informaciones que se obtienen sobre fases intermedias en procedimientos que se alargan en el tiempo, sobre si estas pueden o no constituir información privilegiada, y debemos responder que sí, pueden constituir información privilegiada según el art. 7.2 RAM, que establece: *“podrán tener la consideración de información de carácter concreto tanto esa circunstancia o ese hecho futuros como las etapas intermedias de ese proceso que estén ligadas a la generación o provocación de esa circunstancia o ese hecho futuros”*.

En segundo lugar, para considerar una información como privilegiada otra de sus características esenciales es que **no se haya hecho pública**, precisamente porque esa falta de publicidad es la que otorga un valor económico a dicha información y que por tanto la hace privilegiada. Y en este punto debemos distinguir entre la información secreta, es decir aquella que por que el titular así lo quiere no es pública, siempre que la ley se lo permita; y la información privilegiada, que es aquella que en algún momento se va a hacer

pública pero que otorga una posición privilegiada a su titular pues la conoce con anterioridad a ello.

El problema lo encontramos en cual debe ser nuestra guía para considerar que una información es o no pública. Bueno pues este problema lo resolveremos partiendo del punto de que una información que ha sido divulgada siguiendo las reglas del mercado es una información pública, perdiendo el carácter de privilegiada. La autoridad inglesa supervisora de los mercados, la *Financial Conduct Authority* (FCA) interpreta que la información que se divulga por dichos medios es pública a pesar de que solo aquellos con determinados recursos puedan acceder a ella.

Sin embargo debemos añadir que no solo la información que se ha divulgado por los canales de mercado es pública⁵, sino que aquella que pueda obtenerse lícitamente sin un esfuerzo excesivo por un inversor razonable será información pública, se haya divulgado por cualquier medio. Aquí nos paramos en el término inversor razonable, porque es posible que un inversor relativamente ignorante no pueda acceder a dicha información pero no quita que esta sea pública, por eso se introduce dicho término, se trataría de un inversor con conocimientos medios o un inversor sensato.

Finalmente y en tercer lugar, para que la información sea privilegiada debe tratarse de **información relevante**, es decir, que en caso de hacerse pública podría influir en gran manera en el mercado, concretamente en los precios de uno o varios instrumentos financieros, esto se establece en el art. 7.4 RAM. Además debemos decir que el análisis sobre la relevancia de la información se debe hacer ex ante, es decir, antes de que esta se publique de modo que para considerarla relevante es necesario que tras dicho análisis, a priori, se considere que esta afectaría al mercado. Si bien es cierto que un análisis ex post no quedaría excluido de la operación pues también será tenido en cuenta el hecho de que realmente la información, una vez pública ha afectado de tal manera.

⁵ STS (Sala de lo contencioso, sección 3ª) de 11 de octubre de 2006 (RJ 6651/2006): “considerar como no pública esa Información, pues el hecho de que también fuera conocida por los demás miembros del Consejo no la hace conocida por todos”

Para valorar la relevancia ex ante, por consiguiente se tienen que tener en cuenta los siguientes factores:

- Deben tenerse en cuenta las informaciones que se habían divulgado anteriormente, pues la información en cuestión puede parecer relevante por sí sola pero no en un conjunto.
- Debe tenerse en cuenta la afectación que han producido otras informaciones de la misma clase en el mercado con anterioridad.
- Debe tomarse en consideración la fuente de la información
- En caso de que se trate de informaciones que de cuestiones inciertas (que hemos explicado con anterioridad), debe tenerse en cuenta la importancia del hecho cuestionado y la probabilidad de que acaezca.

A parte de todos estos requisitos que hemos nombrado, para que la información se considere privilegiada tiene que versar sobre unos **contenidos** concretos. El art. 7.1.a RAM establece que debe referirse “*directa o indirectamente a uno o varios emisores o a uno o varios instrumentos financieros o sus derivados*”.

Esta definición afecta a un contenido muy amplio y debemos considerar que vamos a incluir dentro de este las informaciones internas que afectan a un emisor en concreto pero también, las informaciones externas o de mercado, que pueden ser medidas de tipo jurídico, fiscal o medioambiental que puedan afectar al mercado. Dentro de este concepto de información de mercado incluimos, el *front running*⁶ o el *scalping*⁷. Todas las operaciones con este tipo de información quedan prohibidas y constituyen abuso de mercado.

Por consiguiente, vemos que la regulación de la información privilegiada, una información que en algún momento será divulgada, consiste en proteger a los inversores para que no se den abusos de mercado y esta regulación la vamos a comparar con la existente para la protección de información confidencial y de los secretos empresariales, ambas presentando algunos puntos de contacto.

⁶ “Conocimiento de actos delictivos; información relacionada con ordenes de mercado pendientes de ejecución de un cliente”

⁷ “Negociar de forma anticipada a la difusión de los propios análisis o recomendaciones de inversión en el mercado sabiendo que tendrán impacto en los precios.

2. LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1 Relación del deber de secreto con el derecho de información de los socios.

2.1.1 Normativa aplicable al derecho de información de los socios

2.1.1.1 Manifestaciones de este derecho

Los art. 196, para las Sociedades de responsabilidad Limitada, y 198 para las Sociedades Anónimas, de la Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC), tienen las siguientes características comunes, en primer lugar, el ejercicio de este derecho de información está ligado a convocatoria de junta, de modo que una vez se da este requisito, el derecho a la información podemos decir que “comienza”, por consiguiente el tema sobre el que va a requerirse la información debe estar recogido en el orden del día. Por otro lado su eficacia dependerá de la actividad del órgano de administración y además no es absoluta, tan solo es así cuando el solicitante representa el 25% del total del capital social, como regla general.

Además debemos decir que hay ciertas especificaciones respecto a las Sociedades Anónimas, pues se regulan causas concretas por las que se puede negar la información pedida por parte del socio, y además se establecen consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicar dicha información además de la obligación por parte de los socios solicitantes de actuar conforme a los principios de buena fe respecto de la información obtenida como consecuencia del ejercicio de este derecho.

Por otra parte, debemos añadir que además de los artículos nombrados, existen algunos otros en la misma ley que concretan este derecho de información, como los referentes a la aprobación de cuentas anuales, modificación de los estatutos sociales, etc.

Finalmente y acabando con las distintas manifestaciones en el TRLSC, vemos que respecto a las sociedades cotizadas existen algunas normas concretas para este tipo de sociedades dentro de la misma ley, como el art. 520 TRLSC, que establece la forma concreta en la que debe ejercitarse este derecho en este tipo de sociedades, así como las respuestas a este (concretamente, plazo, publicación de estas...), además de los art. 517

y 518, que establecen la forma en la que deben realizarse las publicaciones de la completa información desde la convocatoria hasta la celebración de la junta en la página web de la empresa.

2.1.1.2 Diferencias de la normativa en este derecho entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades de responsabilidad Limitada.

Existen diferencias entre los distintos tipos de sociedades respecto al ejercicio de este derecho que son dignas de mención, entre las que encontramos: el plazo fijo para que el accionista de una SA ejerza este derecho; en algunos casos en la SA, el derecho de información del accionista se ha restringido; el porcentaje general que hemos mencionado anteriormente del 25%, es disponible, es decir puede verse modificado, pero tan solo en las SA; se regula la responsabilidad por parte del accionista de las SA cuando ejerza este derecho de forma abusiva; el derecho de información contable de los socios de la SL puede verse ampliado cuando represente mas de un 5% del capital de la sociedad; el derecho de información respecto de las modificaciones estatutarias es más amplio para el accionista de una SA que para el socio de una SL. Estas diferencias son las más relevantes, entre otras.

Las razones de tales diferencias se pueden encontrar en el hecho de que el TRLSC tomase a los dos tipos de entidades como sociedades muy diferentes, siendo la SL de carácter muy personalista y la SA de fuerte carácter capitalista, por lo cual se podría argumentar por un lado que los accionistas de la SA tuviesen un derecho de información más amplio, pues al estar más desconectado del centro de administración, y teniendo en juego su capital, debería poder acceder a la información solicitada, y por la misma razón también se podría argumentar que su derecho de información fuese mas restringido pues por esto mismo, suponemos que estos accionistas tienen menos intereses en el funcionamiento de la empresa.

A pesar de estas razones que podrían darse en caso de que el TRLSC estableciese unos regímenes bien diferenciados para cada una de las sociedades, vemos que esto no se da en la realidad, y el legislador no deja claro como deben regularse los derechos de información de los socios para cada una de estas sociedades.

A consecuencia de todo esto, vemos que a pesar de que existan razones como hemos dicho para regular de forma distinta el derecho de información en los dos tipos de sociedades diferentes, siempre que las entendamos como tipos distintos, de la forma que he explicado anteriormente, estas razones no se ven vinculadas a las diferencias que expresamente se dan en la ley, las cuales, en mi opinión, parecen poco ajustadas a las diferencias que realmente pueden existir entre estos tipos de sociedades.

2.1.2 Requisitos legales para el ejercicio de este derecho

Debemos decir, que los socios pueden exigir información relevante siempre y cuando se cumplan con los requisitos de los art. 196 y 197, requisitos entre los cuales encontramos: En primer lugar, se exige que la información que se solicite, como hemos dicho anteriormente, esté incluida en el orden del día de la celebración de la junta; En segundo lugar si la información se solicita por escrito debe verificarse en un plazo determinado y si se realiza de forma verbal debe darse en la junta; Finalmente la información solicitada no puede vulnerar los límites legales, siempre según la consideración del órgano de administración.

Además existen unos requisitos adicionales como el carácter no abusivo de la información solicitada, así como la buena fe en el uso de la información otorgada.

2.1.3 Derecho de información de los socios vs deber de guardar secreto por parte de los administradores

El derecho de información de los socios se satisface cuando los administradores otorgan la información requerida, pero es cierto que en algunos casos este derecho de información puede entrar en conflicto con el deber de guardar secreto por parte de los administradores⁸.

Como hemos venido desarrollando, los administradores de las sociedades tienen atribuidas distintas obligaciones entre las que encontramos el deber de secreto empresarial, directamente ligado con el deber de lealtad de los administradores que

⁸ MORALES BARCELÓ, J. “*El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*” J.M Bosch, 26 dic. 2019, páginas 43-50

encontramos en el art. 227.1 TRLSC. Como sabemos, el deber de secreto de los administradores no recae sobre toda la información obtenida durante la estancia en su cargo sino tan solo sobre aquella información confidencial que cumpla con los requisitos del art. 1 LSE. Adelantándonos a lo que veremos en el siguiente epígrafe, este deber de secreto tiene algunas excepciones, entre ellas, cuando la ley lo permita o obligue a ello. En este último caso, debemos diferenciar entre la divulgación de la información o la comunicación de esta, en cuyo caso entraría el derecho a la información de los socios.

Sin embargo, debemos decir que el derecho a la información por parte de los socios, no es absoluto, sino que hay casos en los que el deber de secreto de los administradores supera al derecho de información de los socios y por tanto se mantiene. Esto establece que en el momento en el que un socio ejercita su derecho de información el cual afecta a una información susceptible de secreto empresarial, los administradores deben ser los que analicen si están obligados o no a aportar la información solicitada y si esta se trata de un secreto empresarial, pues en el caso de que desvelasen un secreto protegido, el derecho de información de los socios no les ampararía y responderían por el incumplimiento de sus obligaciones de lealtad ante la sociedad.

Como hemos dicho, el derecho a la información no es absoluto sino que está sometido a ciertas limitaciones y por consiguiente, puede en algunos casos no ser satisfecho y a pesar de ello no se estará vulnerando este derecho. De hecho, debemos saber que este derecho a la información, temporalmente, tan solo se puede ejercitar en caso de que dicha información esté incluida en el orden día y tan solo se complacerá por tanto en el momento de celebración de una junta y materialmente, puede no reconocerse en todos los casos, pues como bien hemos dicho anteriormente, es posible que los administradores consideren que no se dan las condiciones necesarias para proporcionar dicha información.

A pesar de todo lo expuesto tal y como razona la jurisprudencia, siempre que la solicitud de información por parte del socio cuente con los requisitos expuestos, y no se oponga al deber de secreto de los administradores, esta debe ser satisfecha en todo momento y un administrador no se puede oponer, por tanto y como hemos expuesto “*Ha*

de realizarse una ponderación de las diversas circunstancias concurrentes para verificar que el ejercicio del derecho de información no es abusivo”⁹

2.2 El deber de guardar secreto de los administradores

A modo de introducción, debemos decir que los preceptos que nos van a servir de base a lo largo de esta parte de la exposición son los art. 228 b) y 229 c) del TRLSC¹⁰, los cuales establecen que los administradores tienen una especie de doble obligación. Por un lado el deber de reserva de los administradores sobre la información a la que tengan acceso a lo largo del ejercicio de su cargo. Y por otro lado la prohibición de utilizar esta información y explotarla para obtener beneficio para sí mismos o para otras personas. Haciendo esto referencia tanto a la información confidencial como a los secretos empresariales que hemos discernido anteriormente.

2.2.1 Sujetos obligados al secreto

En primer lugar, tratare de explicar quienes son los sujetos obligados a este secreto según el TRLSC, aunque ya he introducido este tema al principio de la exposición.

Según el TRLSC podemos deducir de los art. 228, 236 y 275, que este deber es aplicable tanto a los administradores corrientes como a los administradores de hecho, los liquidadores, las personas que tengan encomendada la alta dirección de la sociedad y a los representantes de los administradores que sean personas jurídicas. Por lo que no parece que quepa aquí esta obligación para los administradores suplentes.

Por su parte, los administradores concursales se hallan sometidos a su propio régimen tanto en el ámbito de sus actuaciones como en el ámbito de su responsabilidad tal y como establecen los art. 35 y 36 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal (En adelante TRLC) . Los cuales nos indican que estos últimos también están obligados a guardar secreto.

⁹ STS (Sala de lo civil, Sección 991) num. 531/2013 de 19 de Septiembre de 2013 (RJ 4950/2013)

¹⁰ FARRANDO MIGUEL, I., “Administradores sociales y protección de la Información confidencial, privilegiada y de los secretos empresariales” en “*Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados T. II*” páginas 1275-1299.

Me parece interesante detenernos en el ámbito de los administradores de hecho, pues si bien es cierto que el TRLSC en su artículo 236 como hemos dicho establece una cláusula que delimita el concepto de administrador de hecho, lo cual debería dar mayor seguridad jurídica, acaba no resolviendo numerosos problemas que plantea la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance de la responsabilidad de los administradores de hecho.

El legislador crea esta figura para evitar que los que son nombrados como administradores de hecho puedan eludir la responsabilidad por sus acciones, pues si esto fuese de otra manera la consecuencia sería que los que dirigen las sociedades lograrían una completa impunidad ante la ley. Esto se basa en la aplicación del principio “el poder va en todo caso unido a la responsabilidad por su ejercicio”¹¹.

Esto ha llevado a que se defienda en muchos casos, la ausencia de distinción entre administradores de hecho y administradores de derecho, lo cual hace notoria la importancia de la parte de la doctrina que apoya la ineludible responsabilidad de los administradores de hecho. De facto, doctrina y jurisprudencia se han basado en la automática extensión de todas las normas aplicables a los administradores en materia de responsabilidad, a los administradores de hecho.

Por tanto, como decimos, la doctrina del administrador de hecho, busca en todo caso que las personas que ocupan cargos de gestión y dirección en las sociedades de capital no puedan eludir en ningún caso la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de su ejercicio. Sin embargo, *“la definición legal no se corresponde completamente con las notas delimitadoras que la doctrina y la jurisprudencia han perfilado y considerado esenciales para la calificación de un sujeto como administrador de hecho. La cláusula general tampoco se acompaña de pautas o presunciones que faciliten la delimitación de la actuación como administrador de hecho en aquellos supuestos en los que mayores dificultades pudieran plantearse”*¹²

¹¹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de Hecho de las sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2002.

¹² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S, “La delimitación de la figura del administrador de hecho” en *Revista de Derecho Mercantil* un.301/2016 parte Estudios.

2.2.2 Conductas prohibidas

Como hemos dicho anteriormente las conductas prohibidas en la TRLSC se recogen en los art. 228 y 229 estableciendo la primera la prohibición de la comunicación de las informaciones obtenidas en su cargo y la segunda la prohibición del uso y por tanto del beneficio de tales informaciones por sí mismo o por otra persona.

Por consiguiente, podemos observar que el primer precepto lo que hace es intentar proteger a la empresa de los daños que puede causar el hecho de que dichas informaciones acaben en manos de competidores debido a la comunicación hacia estos por parte de un administrador.

Por su parte el segundo precepto parece que lo que intenta ya no es tanto prevenir el daño de la propia sociedad sino fundamentar el deber de lealtad, es decir, los administradores siempre tienen que buscar el mayor interés de la empresa, nunca de un tercero ni de sí mismos.

Sin embargo observo que ambas conductas deben aplicarse de forma equivalente, se deben aplicar a toda la información.

2.2.3 Aplicación de estas conductas prohibidas tanto a secretos empresariales como a información confidencial. Diferencia entre ambos.

Las conductas explicadas anteriormente son equivalentes, sin embargo debemos decir que se pueden aplicar a informaciones distintas, como pueden ser secretos empresariales o informaciones confidenciales y por ello debemos distinguirlas.

Por consiguiente, decimos que los secretos empresariales tal y como explica la LSE como hemos introducido al comienzo de este trabajo y como desarrollaremos más adelante, deben cumplir con los requisitos de su art. 1, es decir, debe ser información secreta, con valor comercial y que se hayan adoptado medidas para su protección. Este valor comercial y por tanto la protección que se le otorga, es lo que lo diferencia de la información confidencial pues puede ser objeto de licencia de uso o incluso puede venderse.

Por su parte, la información confidencial no puede valorarse por su valor productivo pues como hemos dicho no puede ser objeto de cesión sino más bien por el beneficio que otorga al infractor si la explota para su propio beneficio sin el consentimiento de su titular.

Podemos finalmente decir, que los secretos empresariales pueden ser información confidencial siempre que esta cumpla los tres requisitos que hemos nombrado, por consiguiente vemos que el término de información confidencial es más amplio que el de secreto empresarial y por tanto este último se encuentra dentro del primero.

2.2.4 Acciones ante la infracción

Las acciones que establece la TRLSC son las de acción indemnizatoria, acción por enriquecimiento injusto y las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos, anulación de los actos y contratos celebrados... En los términos generales recogidos en los art. 236 y ss, 227 y 232 respectivamente.

No voy a entrar en el desarrollo de estas acciones porque considero que su análisis excede del ámbito de este trabajo si bien es cierto que posteriormente nombraré también las acciones por infracción de la actual LSE.

2.2.5 Excepciones a este deber

En este apartado debemos decir que las excepciones a este deber son bastante amplias y que pueden venir impuestas por ley o por el deber de diligencia que tiene un administrador por el cargo que ocupa.

De esta manera, en primer lugar, no se puede guardar secreto por ley en algunos ámbitos como: Normas del mercado de valores que obligan a las sociedades que cotizan a informar sobre todas aquellas actuaciones que puedan afectar a la cotización; Así como la obligación por parte de las sociedades de publicar sus cuentas anuales recogida en el art. 279 TRLSC; Además de algunas obligaciones que tienen las sociedades por ley de informar a la administración pública o a determinadas personas, como pueden ser socios o trabajadores, por ejemplo la información facilitada a un socio a raíz del ejercicio de su derecho de información, recogido en el art. 196 TRLSC.

En segundo lugar, como hemos nombrado cabe la posibilidad de excepción a este deber cuando se trata del deber de diligencia que tienen los administradores respecto de su cargo, así pues un ejemplo es la comunicación de determinada información a sus trabajadores para el buen desempeño de sus funciones o a un banco para que les pueda conceder un préstamo.

Además debemos decir que el deber de secreto nunca ampara las actuaciones ilícitas por lo que los administradores así como cualquier persona, deben informar a las autoridades de las posibles actuaciones ilícitas¹³, lo cual también constituye una excepción al deber de secreto.

2.2.6 Cuestiones controvertidas

2.2.6.1 Posibilidad de la existencia del deber de secreto entre los consejeros

Este es un tema discutido. Esta cuestión solo tiene sentido respecto de la comisión del consejo, es decir, si los miembros de la comisión en sus respectivas reuniones tienen la obligación de guardar secreto sobre los temas que en esta se han tratado respecto de los otros administradores que no forman parte de la comisión.

Una de las respuestas que podemos dar a esto es que el presidente de la comisión es el que debe decidir al respecto. Esta decisión de secreto tiene bastante sentido pues en algunos casos la comisión se crea con el objetivo de salvaguardar la confidencialidad de algunos temas.

¹³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 662/2011 de 4 de octubre de 2011, (RJ 7170/2011) “ *El deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de "tráfico peligroso" en las que el deber de transparencia exige, a salvo supuestos singulares, la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración, no siempre orientadas a la persecución del interés de la sociedad*”

2.2.6.2 Posibilidad de delimitar a los propios administradores el conocimiento de informaciones concretas

En este tema vemos que hay cierta controversia así como desigualdad de opiniones entre accionistas de determinadas empresas y registradores mercantiles, así como la Dirección General de Registros y Notariado (En adelante, DGRN). Esto concretamente se dio en 2009, cuando los accionistas de una empresa pretendieron establecer entre sus bases societarias un artículo que permitía que ciertos consejeros fueran excluidos de acceder a determinados documentos sensibles de la sociedad en caso de que lo acuerde el mismo consejo por mayoría cualificada, pudiendo este acuerdo ser recurrido.

Respecto a esta cláusula tanto el registrador mercantil como la DGRN la consideraron inapropiada y la calificaron negativamente argumentando que no cabe la supresión de un administrador de conocer ciertos documentos de la sociedad porque esto impediría el buen desempeño de sus funciones. De esta manera argumentan que por mucho que la cláusula sea ocasional esto no significa que la haga válida, pues su legalidad no depende de eso, sino de su procedencia. Además dicen que aunque la empresa alegue que el acuerdo es recurrible, esto tampoco lo hace legal porque lo que se está considerando aquí es la cláusula en sí misma y no su recurribilidad.

Por consiguiente, entendemos que suprimir el derecho a la información de algunos de los administradores de la empresa no es posible ya que este viene contenido en la misma función de administración, pues los administradores siempre van a responder por las decisiones tomadas, y por lo tanto deben conocer toda la información necesaria para la adopción de ellas, puesto que no van a votar un acuerdo sin poder acceder a documentos esenciales para el voto, porque en ese caso, no se podría ejercer responsabilidad contra estos.

3. SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

Creo conveniente, crear un marco ilustrativo sobre el momento anterior a la creación de nuestra actual ley 1/2019, explicando cual ha sido su origen.

De este modo, vamos a tratar cuales son las raíces que fundamentan la directiva de protección de secretos empresariales, concretamente analizaremos la propuesta que dio lugar a la *directiva (ue) 2016/943 del parlamento europeo y del consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas* (En adelante, DSE)

En primer lugar, debemos decir que con anterioridad a tal directiva el derecho de competencia desleal en la UE no estaba armonizado en muchos aspectos, sino solo en algunas cuestiones muy específicas, y a pesar de que se habían dado ciertos avances en esta materia, no se había logrado el objetivo final de armonización.

A raíz de esta escasa armonización en muchos ámbitos de la Competencia Desleal en la UE, se consideró la armonización del ámbito de los secretos empresariales, puesto que es clara la influencia de este tipo de información confidencial que otorga derechos a su titular en el mercado interior. Si bien es cierto que en la Unión Europea se habían desarrollado algunos aspectos concretos en la rama del ordenamiento de la competencia desleal como la Directiva 2006/114/CE, del PE y del consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006) sobre Publicidad engañosa y publicidad comparativa (DPE) o la directiva 2005/29/CE, del PE y del consejo de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores (DPCDC)

Hasta la redacción de la propuesta de la DSE, los secretos empresariales se protegían en la UE de maneras muy diferentes en cada país miembro, pues incluso la definición de estos difería en los distintos países y por consiguiente también lo hacía su nivel de protección, lo cual suponía una incongruencia entre las decisiones de los distintos estados y por tanto era clara la necesidad de una normativa igual para todos.

Así pues, se dio lugar a la propuesta de la directiva¹⁴ en secretos comerciales cuya base legal la encontramos en el art. 114 TFUE, siendo esta una directiva de armonización, y siendo su finalidad la protección única de los secretos empresariales, fortaleciendo de esta manera dicha protección en todos los estados.

Esta propuesta de directiva incluyó los preceptos europeos de acuerdos internacionales que tratan este tema incorporándolos en su articulado y creó algunos nuevos. Podemos decir que el resultado de esto dio lugar a 3 tipos diferentes de artículos en la propuesta, que podemos separar en **materiales, procesales y complementarios**.

Respecto de los primeros, establecían el objetivo de la propuesta, es decir, la protección de los secretos comerciales, además de redactar en el art. 2 una serie de conceptos y definiciones entre los que encontramos, “poseedor de un secreto comercial”, “los bienes infractores”, ampliadas en la directiva final y los requisitos necesarios que debe tener un secreto comercial que se basan en los tres siguientes, tal y como hemos nombrado ya en la introducción coincidentes con la legislación nacional actual: Confidencialidad, relevancia económica y salvaguardia de la confidencialidad.

Además debemos atender a la delimitación positiva y negativa que se hace en esta propuesta de directiva respecto al término de conducta infractora, pues se establecen en la propuesta requisitos generales para que una conducta constituya una infracción de la norma así como supuestos de exclusión, es decir, cuando una conducta se considera lícita. Lo cual finalmente se establece en los art. 3-5 de la directiva definitiva. Además debemos saber que en la propuesta de directiva se hace referencia al concepto de infracción significativa, estableciendo que es necesario que los infractores se beneficien de la infracción de forma significativa con el fin de evitar litigios cuyo fundamento sea mínimo.

Respecto al segundo tipo de articulado, los artículos de carácter procesal, debemos decir que son de gran importancia porque ocupaban la mayoría del articulado de la propuesta y son de gran dificultad. En ellos se exponían los principios generales que

¹⁴ MARCO ARCALÁ, L.A., “Los futuros avances en la armonización del Derecho de la competencia desleal en la Unión Europea: la propuesta de Directiva sobre la protección de la información empresarial no divulgada”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, no 35, 2015, pp. 131-150.

deben cumplir las medidas adoptadas respecto de los secretos comerciales que son tales como la equidad, simplicidad, efectividad y proporcionalidad.

Posteriormente se trata el tema de la prescripción, que finalmente en la directiva se tradujo en un plazo máximo de 6 años, para ejercer las acciones de protección de los secretos empresariales.

Por otro lado se trata el tema de la protección de los secretos en el transcurso del proceso estableciendo una prohibición general de utilización de los secretos con algunas excepciones. El problema surge cuando esta prohibición puede limitar la defensa de alguna de las partes, proponiéndose así que el juez pueda adoptar determinadas medidas tales como que los peritos conozcan el secreto bajo obligación de confidencialidad.

Finalmente, también se tratan la posible implantación de medidas cautelares en el proceso, así como se tratan las consecuencias de las resoluciones en el ámbito de infracción de secretos empresariales tales como la indemnización por daños y perjuicios, cuyo resarcimiento es el más importante dentro de este tipo de medidas. Debemos decir que los criterios de evaluación económica de la infracción son diversos pero pueden basarse en las consecuencias económicas negativas de esta, así como el lucro cesante o el daño moral causado por la infracción, siempre basándonos en el principio de proporcionalidad.

Todas estas propuestas son recogidas en el texto final de la directiva creando una normativa que es de gran importancia en el ámbito de la competencia desleal pues consiguió armonizar esta legislación de secretos empresariales en la UE, ámbito como hemos expuesto anteriormente de gran magnitud e importancia debido a sus grandes efectos tanto para las empresas como para los consumidores.

4. APROXIMACIÓN A LA NUEVA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

4.1 Introducción

Como hemos dicho en el epígrafe anterior la propuesta de directiva se traspuso finalmente a la directiva actual y esta a su vez se reflejó en la ley que ahora es objeto de comentario, la LSE.

Hasta ese momento como hemos dicho la normativa respecto a los derechos de propiedad intelectual era muy variada, y su armonización había ido haciéndose lugar en los últimos años, sin embargo, el ámbito de los secretos empresariales había quedado en un plano secundario. Por ello, debido a su gran importancia (como hemos expuesto), se vio la necesidad de protegerlos de forma igual en todos los lugares, de modo que se aumentase esta protección de un derecho tan valioso. La protección de este derecho en la ley presenta algunas similitudes con la Ley 24/2015 de 24 de junio de patentes (en adelante LP) y representa en su mayor parte a la directiva europea como vamos a ir explicando.

Como podemos observar para la adopción de la directiva en el plano interno se ha creado una ley especial, lo cual parece lo más adecuado si bien es cierto que podrían haberse adoptado otros métodos como adaptar la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD) así como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), aunque si se hubiese tomado este camino es cierto que podrían haber surgido problemas como la indecisión a la hora de acudir a una ley o a otra.

La LCD estableció la primera regulación respecto a la tutela de los secretos empresariales, sin embargo esta regulación era insuficiente y “presentaba grandes carencias”¹⁵ por ello se decidió redactar una nueva ley específica que tratara este tipo de información y conocimientos.

¹⁵ MASSAGUER FUENTES, J. “De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, páginas 47-48

De esta manera, la cual es la más lógica, la regulación general de los actos desleales se encuentra en la LCD, mientras que la regulación específica de los derechos de la competencia la encontramos en la Ley de Secretos Empresariales.

4.2 Valoración de la LSE

Haciendo una valoración genérica de la ley debemos entrar en los diferentes aspectos que trata.

En primer lugar **la definición del concepto de secretos empresariales**, la cual sigue lo establecido en la DSE y es por tanto que el secreto empresarial debe cumplir los requisitos expuestos, debe ser confidencial, debe tener valor económico y deben haberse adoptado medidas para su protección.

Antes de empezar a analizar las características de la información objeto de protección, debo hablar de la vulgarización del secreto empresarial. Se trata un tema importante, porque supone que si se produce la dilución del secreto empresarial, esta información que era susceptible de protección por caracterizarse como tal, deja de estar protegida debido a que se han reducido las medidas para mantenerla en secreto. En caso de que en un procedimiento judicial se pruebe que la información susceptible de secreto, se ha vulgarizado y por tanto es conocida por más personas, la infracción que se esta enjuiciando dejará de ser tal cosa y por tanto, el infractor no tendrá responsabilidad alguna siempre y cuando no haya sido este el causante de la dilución del secreto¹⁶.

Por un lado y respecto a las características de información que pueden ser objeto de protección la ley, en su art. 1 dice expresamente “cualquier” información o conocimiento, lo cual deja la posibilidad a que esta información tenga un carácter muy amplio siempre que cumpla con los requisitos expuestos. Sin embargo es cierto que se deben establecer unos límites a esta amplitud para evitar que muchos recurran a esta protección respecto a informaciones que no son secreto empresarial. Estos se encuentran en el art. 2.3 de la ley.

En primer lugar, se protege el derecho a la libertad de expresión e información, es decir, se protege la revelación de informaciones en aquellas materias armonizadas como

¹⁶ FERNANDEZ SEIJO, J.M., *Ley de secretos empresariales, una aproximación Práctica*, Aferre, Barcelona, 2020 pp. 34-35

lo son los derechos fundamentales; En segundo lugar se protege a los denunciantes de actividades ilegales o delictivas, de tal forma que se protege al llamado *chivato*; En tercer lugar, no se encuentra dentro del ámbito de la protección del secreto empresarial cuando se trate de informaciones que se trasladan a los representantes de los trabajadores siempre que sea para el ejercicio legítimo por parte de estos de las funciones que tienen atribuidas por el derecho; En cuarto lugar, la revelación de información siempre que este justificada por un interés legítimo tampoco supone vulneración de los secretos empresariales; En quinto lugar, el mismo art. establece que este derecho de protección de secreto no puede impedir el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión, el interés público, y la salud pública etc.; Finalmente no será objeto de protección aquella información que tan solo quiera protegerse con el único fin de evitar la movilidad de los trabajadores, con esta información nos referimos a los ámbitos de la experiencia de los trabajadores, de los conocimientos que han adquirido debido a su experiencia en esa empresa (*skills and knowledge*), de lo cual hablaremos posteriormente.

Por otro lado lo que hace la ley es recoger un **catálogo de conductas**, es decir, una serie de actos permitidos y prohibidos, lo cual es una de las partes más importantes de esta ley que nos ocupa.

Así pues el art. 2 establece cuando el uso, revelación u obtención de esos secretos empresariales es lícita y por tanto no se pueden ejercitar las acciones recogidas en la ley para la protección de tal información.

Entre estos actos lícitos encontramos algunos como el caso en el que se produzca un descubrimiento de ese secreto de forma independiente, es decir, cuando un competidor descubre posteriormente la misma información (a pesar de esto a la hora de patentar se da preferencia al primero que obtuvo el secreto).

Finalmente se establece una especie de cláusula de cierre que establece que serán lícitas “Cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales”. La cual, no es la única puesto que en el apdo. 2 del mismo artículo se establece “La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran lícitas en los casos y términos en los que el Derecho europeo o español lo exija o permita”

Por su parte el art. 3 establece cuando las conductas sí que suponen violación de secretos empresariales y por tanto el titular de estos podrá ejercitar las acciones que explicaremos más adelante, por ser ilícitas.

En primer lugar cuando la obtención del secreto en concreto, se haga sin la autorización del titular de este último. Además debemos explicar más detalladamente que la utilización ilícita de este secreto es tal cosa en 3 casos: Por un lado, cuando la persona que la utilice la haya obtenido de forma ilícita; Por otro lado cuando el uso o revelación de esta suponga la violación de un acuerdo de confidencialidad; o finalmente cuando la utilización o revelación de esta suponga el incumplimiento de una obligación contractual de no revelación expresamente establecida.

En segundo lugar, se considera también conducta ilícita en el art. 3.4 de la ley, “*la producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento con tales fines*”, tal y como la ley lo establece, y entendemos mercancías infractoras, las que contienen el secreto objeto de protección ya sean bienes o servicios.

Finalmente debemos decir que se consideran ilícitas todas las conductas que supongan violación de secretos empresariales, por tanto, se consideran como tal aunque el adquirente sea un tercero de buena fe, si bien es cierto que este podrá solicitar la sustitución de las medidas acordadas por una indemnización dineraria.

En otro término, la ley trata ciertos aspectos para considerar el secreto empresarial como **objeto de propiedad**, en 4 artículos, del 4 al 7, sobre transmisibilidad del secreto, supuestos de cotitularidad, licencias de secretos y responsabilidad del transmitente y licenciatario del secreto respectivamente. Desarrollaremos aspectos de este tema de la cesión del secreto y por tanto de la valoración de este en el siguiente epígrafe.

A parte de lo anterior, en lo referido a los **aspectos procesales**, lo que ha hecho la ley es simplificar el contenido de la DSE transpuesta, pues muchos de sus contenidos ya se encuentran en nuestras leyes internas, como son el tema del abuso del derecho en caso de demandas infundadas cuyo objetivo es acceder a información con gran valor que posea el demandado; así como las demandas de protección, en las que las empresas se esconden bajo una supuesta defensa de sus secreto para ejercitar alguna de las acciones de

protección previstas con el objetivo de presionar a un tercero que tiene una determinada información legalmente obtenida (pues se puede aplicar el art. 247 LEC); o el acceso a las fuentes de pruebas (art. 18 LSE que se remite a los art. 283 bis a y b LEC), la anticipación de los medios de prueba (no se hace remisión expresa pero se lógico aplicar los art. 293 y 296 LEC), y el aseguramiento de los medios de prueba (art. 19 LSE que hace una remisión expresa al art. 297 LEC).¹⁷

Así pues, respecto a las acciones civiles contra actos de violación de secretos empresariales, en la ley encontramos las más básicas como pueden ser la de declaración, cesación, remoción, o reclamación de daños y perjuicios. Sin embargo esta lista no es un *numerus cláusus*, y por tanto se pueden ejercer cualquiera otras previstas en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando respondan al principio de proporcionalidad.

Además en todos estos procedimientos, el secreto empresarial siempre quedará protegido por la aplicación del art. 15 de la LSE, que propone medidas para que el secreto no sea divulgado debido a la publicidad del proceso, como limitar las personas que pueden acudir a las vistas y establecer una versión no confidencial para que sea publicada esta.

Respecto a la prescripción de estas acciones, de la cual hemos hablado en el apartado anterior en referencia a la directiva europea, esta establece un límite de 6 años, sin embargo en España se ha optado por establecer uno de 3 años, lo cual a mi parecer es quizás escaso debido a la dificultad probatoria en este tipo de procesos.

Finalmente, debemos decir que la legitimación activa¹⁸ para ejercitar las acciones es siempre del titular, aunque es cierto que se extiende esta posibilidad a los licenciarios (art. 13 LSE) tal y como se establece para las patentes en el art. 117 de la LP, sin embargo con algunas diferencias pues en la LP, el licenciario exclusivo puede ejercitar la acción en cualquier caso mientras que en el caso de los secretos empresariales el licenciario tan solo podrá si esta legitimado para esto por parte del titular. Y en caso de que no lo esté tan solo podrá ejercitar las acciones en caso de que el titular no lo haga.

¹⁷ Vid. Sobre este tema FERNANDEZ SEIJO, J.M., *Ley de secretos empresariales, una aproximación Práctica*, Aferre, Barcelona, 2020, pp. 73-81

¹⁸ FERNANDEZ SEIJO, J.M., *Ley de secretos empresariales, una aproximación Práctica*, Aferre, Barcelona, 2020, pp. 62- 64

Además se podrán establecer siempre medidas cautelares, recogidas en el art. 21 LSE y reguladas mediante una remisión en el art. 20 a la LP y a la LEC. En este caso, el licenciatario también podrá ejercitarlas si se encuentra en la situación expuesta en la que el titular no ejercita las acciones requeridas y el licenciatario adquiere la legitimación activa para iniciar el procedimiento. En este supuesto deberá además de efectuar el requerimiento, comunicar al titular del secreto el inicio del procedimiento cautelar y este podrá participar en el proceso.

4.3 Tratamiento de las “experiencias y competencias” de los trabajadores

Debido a la gran importancia de este tipo de conocimientos de los trabajadores en el ámbito de los secretos empresariales la LDC, en su artículo 13, ya otorgaba un especial tratamiento de este tipo de experiencias y capacidades profesionales *“de carácter general que hayan adquirido en el desempeño de unas determinadas funciones para un cierto principal”*.

Desde un primer momento se estableció que el antiguo “principal” no estaba en posición de impedir que los trabajadores utilizaran, tras el abandono de su puesto, los conocimientos adquiridos durante la estancia en la empresa y esta posición fue asumida por los tribunales¹⁹.

Finalmente y tras la trasposición de la DSE en la nueva LSE, esta idea se formalizó. Sin embargo, existen algunos problemas en su interpretación, pues ni la directiva ni la ley, establecen lo que sucede cuando las “capacidades y experiencias” de un trabajador conllevan el conocimiento de una información susceptible de secreto empresarial. La DSE y la LSE, lo que hacen es establecer que ese tipo de conocimientos no constituyen secretos empresariales. Pero, la cuestión es la que ya hemos planteado, ¿qué sucede si en el trabajador ha accedido a este tipo de informaciones y estas construyen parte de sus experiencias y conocimientos?. La respuesta no es clara, pero a mi parecer, dichas capacidades y experiencias se tratan básicamente de habilidades, capacidades, destrezas, que adquieren los trabajadores debido a la práctica de las tareas que han debido realizar

¹⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 822/2011 de 16 de diciembre de 2011 (RJ 8836/2011) STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 383/2009 de 8 de junio de 2009 (RJ 3877/2009), *“el mero trasvase de trabajadores de una empresa a otra, aunque aprovechen en la nueva, experiencia adquirida en la anterior de igual o similar actividad, no es suficiente, por sí solo, para integrar un ilícito competencial”*

durante la estancia en su puesto, así como la preparación que han recibido para poder desarrollar sus actividades. Además, algunos autores²⁰ consideran que es preferible que en todo momento se proteja el régimen de los secretos empresariales quedando todos ellos al margen de dichos conocimientos de los cuales los trabajadores pueden hacer uso en futuras ocasiones.

Parece ello la solución más adecuada para mantener en todo caso la protección de los secretos empresariales.

²⁰ Según MASSAGUER FUENTES, J: “la experiencia y competencias de los trabajadores cuya utilización se salvaguarda no encierran secretos empresariales pertenecientes al empleador, que por tanto no quedan excluidos de su protección con arreglo al régimen general empresarial” en “De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, páginas 59-60.

5. EL SECRETO EMPRESARIAL COMO OBJETO DE PROPIEDAD

5.1 Métodos de valoración económica de los secretos empresariales y Protección de los secretos empresariales según la Ley 1/2019

La LSE regula de forma innovadora la configuración del secreto empresarial como objeto de propiedad, basándose en el motivo de que “las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual”.

Si se valora el secreto desde el mismo punto de vista que los derechos de propiedad intelectual e industrial, entendemos que se trata de un bien transmisible y por tanto es susceptible de valoración económica y entendemos que este derecho formaría parte al igual que los derechos a los que se asemeja del inventario de las entidades mercantiles a las que pertenecen.

El problema lo vamos a encontrar a la hora de **valorar económicamente** este bien intangible. Debido a las grandes semejanzas que tiene con los derechos de propiedad industrial e intelectual que hemos nombrado anteriormente, entendemos que lo más acertado es aplicar los criterios de valoración de estos últimos a los secretos empresariales. Concretamente el bien intangible que más se le asemeja es la marca por lo que aplicaremos los criterios de valoración seguidos para este tipo de bienes, que se han dado en casos concretos. Estos métodos pueden ser resumidos en lo siguiente:

Por un lado tenemos los métodos de cost approach, que básicamente lo que hacen es valorar este tipo de bienes según los costes que han supuesto. Dentro de este tipo de métodos tenemos 2 variantes:

- Aquellos basados en el llamado “Coste Histórico”, que básicamente de lo que se tratan es de calcular el valor de aquellos costes que supuso la creación del secreto objeto de protección. Sin embargo este método a pesar de su facilidad de obtención, debemos decir de que no es suficiente, pues no tiene en cuenta los beneficios que supone el uso de este tipo de bienes, siendo esto lo fundamental para determinar el valor de los secretos empresariales así como para determinar los bienes semejantes a estos como son las marcas.

- Por otro lado, existen aquellos que ya no se basan en el coste histórico sino que se basan en el llamado “coste de reposición”, y como su nombre bien indica basan su cálculo en el coste que supondría reemplazar este derecho por otro de naturaleza similar. Sin embargo es igualmente insuficiente que el anterior por las mismas razones.

Por otro lado tenemos los métodos de *market aproach*, que se basan en buscar en el mercado otros bienes similares puestos en venta para aplicar ese mismo valor a nuestro secreto que deseamos proteger. Sin embargo este método aún siendo aplicable al ámbito de las marcas, es obviamente deficiente y casi imposible de aplicar al ámbito de los secretos empresariales pues la característica principal de los secretos empresariales, es como su nombre indica, que son secretos y por tanto nadie debe conocerlos pues el principal objetivo es su protección del conocimiento por parte de terceros. Por consiguiente es claro que si queremos compararlo con otros en el mercado, es porque estos otros son de conocimiento público y por tanto han perdido su carácter de secretos y ya no cabe la comparación y tampoco la aplicación de este método.

Por último tenemos los métodos más completos y por tanto más difíciles de definir, los llamados métodos de *income approach*, que a diferencia de los demás y como hemos dicho anteriormente, lo que hacen es tratar de calcular los beneficios obtenidos por el propietario del derecho, en este caso del secreto empresarial. Existen dos tipos dentro de este tipo de métodos.

Por un lado, aquellos en los que es el propio empresario el que determina el valor de la marca o en este caso del secreto empresarial mediante la concesión de licencias del mismo y por otro, aquellos en los que en caso de que no se hayan concedido licencias, los que se basan en la técnica del “margen de contribución”, es decir, la diferencia entre los ingresos y los costes de los productos fabricados frutos de ese derecho bien sea una marca, patente o secreto empresarial, métodos muy exactos si se conoce el llamado *premiun price*²¹ o el ahorro de costes, que supone el uso de una técnica conocida tan solo por el empresario, es decir, que supone el conocimiento del secreto empresarial.

²¹ práctica de mantener un precio relativamente alto para generar percepciones favorables por parte de los consumidores basadas en dicho precio

Por otro lado debemos decir que el hecho de que la cesión de un secreto empresarial afecte a algo tan sensible como es la información o los conocimientos técnicos, hace que sea de gran importancia la protección de este, y por tanto que surja un gran interés entre los propietarios de este tipo de bienes intangibles. De esta manera para asegurar este tipo de derechos, en la misma ley de Secretos Empresariales, se articula la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios para evitar que el licenciataria ceda la licencia a un tercero, además de posibilidad de la acción declarativa de violación o la acción de indemnización de daños y perjuicios si la lesión deriva de la violación de un secreto empresarial recogidas en los art. 6 - 9 de la misma ley, como hemos explicado anteriormente.

6. RELACIÓN DE LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES CON LA LEY CONCURSAL

6.1 Cesión forzosa

La regulación sobre la que hemos hablado anteriormente en referencia a la protección del derecho que otorga el secreto empresarial, en ocasiones choca con la regulación contenida en el TRLC que establece la posibilidad de la cesión forzosa de los contratos de actividades económicas de una entidad concursada en un procedimiento concursal.

Lo cual supone ciertos efectos para todas las partes, incluidos licenciante o licenciatario, así como cedente y cesionario, dependiendo de cual sea la entidad quebrada²².

Esto tanto para las marcas como para las patentes y por tanto para los secretos empresariales parece que se resuelve apuntando que el legislador da prioridad a las normas protectoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial y por tanto a la normativa de secretos empresariales, con el objetivo del uso fraudulento del TRLC para obtener ventajas competitivas, pues se puede dar el caso de que alguien que es propietario de un secreto empresarial que ha sido cedido mediante licencia a otra entidad, vea como dicho contrato de licencia sea cedido forzosamente a un competidor en el mercado, debido a que sirve para el desarrollo básico de la actividad de la entidad en concurso.

Por otro lado debemos hablar de la alternativa establecida en el TRLC relativa al convenio.

Como venimos diciendo las marcas y patentes, así como los secretos empresariales, es decir, los derechos de propiedad industrial o activos intangibles, son de gran importancia en las empresas debido a su valor económico. Ello nos lleva a ver “la gran importancia del valor patrimonial de las marcas como incentivo para la posible intervención de las Sociedades de Capital en la fase de convenio dentro del procedimiento

²² SALELLES, J.R. “Los efectos de la declaración de quiebra sobre la cesión de la licencia de marca” en *Actas de Derecho Industrial*, XXII ADI 2001, pp. 431-454

concursal”²³, extrapolando esto a otros derechos sobre bienes inmateriales como los son los secretos empresariales, teniendo siempre en cuenta que el legislador toma las marcas así como los demás bienes inmateriales desde el punto de vista del derecho que estos bienes reconocen y no desde el punto de vista de bienes inmateriales²⁴

El convenio podemos definirlo como el “negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor quebrado y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por una vía distinta a la liquidación concursal”²⁵

Por consiguiente, podemos observar como el convenio se trata de una solución conservativa de la empresa. Por tanto vemos como esta es una de las alternativas que el TRLC (art. 315 y ss) ofrece a las Sociedades de Capital.

6.2 Acción de indemnización por la cesión forzosa

A pesar de la prioridad que da el legislador, como hemos explicado anteriormente se puede dar el caso de que la cesión forzosa suponga que se ceda forzosamente la licencia, para proteger el interés del concurso, se daría un caso similar a la violación del secreto empresarial, pero no del todo exacto pues en lugar, de con el art. 9, deberíamos resolverlo con el art. 7 de la Ley de Secretos Empresariales, sobre “la transmisión o licencia sin titularidad o facultades”.

El problema es el siguiente, el art. 14 de la Ley de Secretos Empresariales, otorga la competencia de este tipo de procedimientos al juzgado de lo mercantil pero al tratarse esto de un proceso de concurso, la competencia, aplicando el art. 44 TRLC es del juez del concurso, lo que supone que el mismo juez que ha decidido sobre la efectiva cesión forzosa del contrato de licencia sobre el secreto debe también decidir sobre la acción de

²³ LLOBREGAT HURTADO, M.L. “las marcas como activo empresarial y la posible intervención de las sociedades capital riesgo en el nuevo sistema concursal español” en *Estudios sobre la Ley Concursal libro homenaje a Manuel Olivencia* T. V, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 5323-5341

²⁴ SALELLES, J.R. “La traba y ejecución de la marca en el procedimiento de quiebra”, en *Actas de Derecho Industrial*, XVIII ADI 1997, pp. 129- 159.

²⁵ GALLEGO SANCHEZ, E. “*Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*” cap. XV, Valencia, 2001 pp. 1019 y ss.

indemnización por “la transmisión o licencia sin titularidad o facultades, lo cual supone que el juez esté verdaderamente contaminado por sus decisiones anteriores.

Por consiguiente esta resolución no será satisfactoria ni protegerá en ningún momento el derecho que tiene el titular del secreto empresarial siempre que el tema este en manos del juez del concurso porque esta básicamente obligado a decidir así por sus propias decisiones anteriores.

6.3 Tratamiento de la información que supone el secreto empresarial en el transcurso de un procedimiento concursal

Es posible que el hecho de que se deba proteger la información susceptible de secreto empresarial choque con el deber existente de colaboración de todo aquel que participe en un procedimiento concursal tal y como establece el art. 41 LC.

Debido a esta necesidad de protección del secreto empresarial, la Ley de Secretos Empresariales establece en su art. 15, la prohibición general de usar dicho secreto empresarial en su apartado primero además de la posibilidad de que el juez adopte las medidas que considere necesarias para protegerlo.

El problema es que no se especifica qué medidas se deben adoptar, así pues puede tratarse de medidas cautelares, aunque no encajan bien en el supuesto pues no se trata de asegurar la tutela judicial o por otro lado de autorizaciones judiciales, recogidas en el art. 188LC.

Si bien no queda claro cuales son las medidas más adecuadas, habrá que estar al tanto de la jurisprudencia para dilucidar la mejor respuesta.

Además en caso de que no sea clara la existencia de un secreto empresarial, pero exista cierta información en un procedimiento que puede ser susceptible de tal cosa es conveniente que en el tratamiento procesal de esta información se adopten medidas provisionales para la protección de esta información tal y como establece el Protocolo de Protección del Secreto empresarial en los Jugados Mercantiles, Sección de Derecho

de la Competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona del Consejo General del Poder Judicial²⁶.

²⁶ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Protocolo de Protección del Secreto empresarial en los Jugados Mercantiles, Sección de Derecho de la Competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona.

III. CONCLUSIONES

La evolución de la economía en los últimos años, así como de la tecnología, ha causado que cada vez demos más importancia a los activos intangibles de las empresas. Por ello es conveniente analizar con cautela este tipo de activos, así como su necesaria protección, pues suponen gran parte de la riqueza de las empresas.

Por ello, en este estudio hemos realizado un análisis de los secretos empresariales como objeto de la propiedad de las sociedades de capital. Concretamente, hemos desarrollado cómo este deber y protección afectan a los administradores de las sociedades de capital.

Hemos podido ver como la UE y sus estados miembros no contaban con un régimen común respecto de los secretos empresariales, sino que cada uno regulaba este ámbito, dándose por consiguiente numerosas diferencias entre unos y otros. Para lograr la armonización necesaria en este ámbito dentro de la competencia desleal nació la DSE, con el objeto de acercar las visiones de todos estos estados y crear un régimen común.

Como bien sabemos, estas Directivas europeas deben transponerse a derecho interno y así se hizo a través de la LSE, la cual se ha redactado de forma cauta y juiciosa, simplificando la estructura y redacción de la Directiva para evitar la repetición de normas en nuestro derecho y rellenando huecos que se encontraban vacíos en nuestra legislación anterior en este ámbito de los secretos empresariales.

Para un mejor análisis de los secretos empresariales, nos hemos centrado en su relación con la obligación de lealtad de los administradores de las sociedades de capital, analizando por tanto, quienes son los sujetos obligados al secreto; cuales son las conductas prohibidas; las acciones ante la infracción; las excepciones al deber; así como algunas cuestiones controvertidas. Todo ello teniendo en cuenta las diferencias y similitudes entre los términos de información privilegiada, información confidencial y los secretos empresariales, los cuales se tratan de información confidencial que deben contar con determinados requisitos para poder considerarse secretos empresariales.

Además hemos analizado la LSE poniéndola en relación con otras normas como el TRLSC o el TRLC. Leyes que trataban este ámbito de los secretos empresariales junto con la LCD, pero de un modo escaso y desde luego, insuficiente para la gran importancia

que este tipo de activos tiene en el seno de las sociedades. Sobre todo porque la LSE, concreta la definición de secreto empresarial armonizando nuestro derecho con el derecho europeo, a diferencia del sistema que existía en España con anterioridad a esta Ley.

De hecho y concretamente la primera de las normas nombradas hace gran referencia al derecho de información de los socios, derecho que como hemos podido observar a lo largo de este estudio, afecta en gran parte a los secretos empresariales, si bien es cierto que no parece el todo adecuada, pues como hemos estudiado, regula las SL y las SA de forma distinta, y a pesar de que haya razones para hacerlo de esta manera, estas razones no se ven vinculadas a las diferencias que expresamente se dan en la ley, y como he adelantado antes, en mi opinión, parecen poco ajustadas a las diferencias que realmente pueden existir entre estos tipos de sociedades.

Por tanto, si bien es cierto que hay que acudir a esta ley para el estudio del derecho de información, esta, acaba no aclarando las diferencias entre unas sociedades y otras.

Además en la LSE, no se hace referencia expresamente al problema que encontramos con el derecho de información de los socios y la posibilidad de que este lleve a la divulgación de un secreto empresarial, si bien es cierto que en el TRLSC se entiende que, como hemos expuesto, en algunos casos el derecho a la información puede no ser satisfecho y no se está vulnerando si lo que se está protegiendo es un secreto empresarial y por consiguiente está prevaleciendo el deber de lealtad del administrador y por tanto, esto se relacionaría con el art. 3 LSE, concretamente su apartado 2.

Por otra parte, respecto a las conductas prohibidas, también vemos que la LSE, es mucho más específica en su art. 3 que el TRLSC en sus art. 228 y 229, así como respecto a las acciones ante la infracción.

Finalmente y respecto al TRLSC, vemos que introduce una regulación escasa para los secretos empresariales y actualmente poco apropiada, teniendo en cuenta que ya disponemos de una ley específica para este tipo de activos. Además tampoco expone de manera adecuada las diferencias del derecho de información de unas sociedades de capital a otras.

Por otro lado y como conclusión de la relación que hemos podido observar entre el TRLC y la LSE, vemos y como hemos adelantado anteriormente, que en ocasiones chocan dichas regulaciones al establecer el TRLC la posibilidad de la cesión forzosa de los contratos de actividades económicas de una entidad concursada en un procedimiento concursal. Dándose en algunos casos también el problema de que al entrar en concurso es el mismo juez del concurso el que debe decidir sobre la indemnización por cesión forzosa de un activo como son los secretos empresariales, estando este ya contaminado por su decisión de cesión forzosa y además, se debe tratar información confidencial susceptible de secreto en el transcurso del procedimiento lo cual puede suponer diversos problemas para mantener el carácter de secreto de esta información.

Por tanto vemos que este TRLC tampoco es del todo adecuado al objetivo de protección que se persigue con la LSE.

Con todo esto, podemos observar un marco completo de la situación de los administradores de las sociedades de capital en relación con la nueva regulación de los secretos empresariales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALFARO, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, en *El almacén del derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales/>

BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., “La ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales y su relación con la Ley Concursal”, páginas 1-16

CANDAMIO, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, En *Iberley*, 15/10/2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/revista/deber-secreto-administradores-sociales-257?term=el+deber+de+secreto+de+los+administradores+sociales&query=el+deber+de+secreto+de+los+administradores+sociales&noIndex>

CATALÁN MEZQUIRIZ, J., “La nueva ley de secretos empresariales” en *Revista Expansión*, disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/02/22/5c6fcb6446163fd7b38b45cb.html>

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Protocolo de Protección del Secreto empresarial en los Jugados Mercantiles, Sección de Derecho de la Competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de Hecho de las sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2002.

FARRANDO MIGUEL, I., “Administradores sociales y protección de la Información confidencial, privilegiada y de los secretos empresariales” en “*Sociedades Cotizadas y Transparencia en los mercados T. II*” páginas 1275-1299, Aranzadi, enero de 2019.

FERNANDEZ SEIJO, J.M., *Ley de secretos empresariales, una aproximación Práctica*, Aferre, Barcelona, 2020

GALLEGO SANCHEZ, E. “*Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*” cap. XV, Valencia, 2001 pp. 1019 y ss

GIRONA DOMINGO R.M., “*Aproximación a la nueva Ley de Secretos Empresariales*”, en *La Ley Mercantil*, nº 62, octubre 2019.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El concepto de información privilegiada” en “*Sociedades Cotizadas y Transparencia en los mercados T. II*” páginas 1239-1264, Aranzadi, enero de 2019.

LLOBREGAT HURTADO M.L. “las marcas como activo empresarial y la posible intervención de las sociedades capital riesgo en el nuevo sistema concursal español” en *Estudios sobre la Ley Concursal libro homenaje a Manuel Olivencia T. V*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 5323-5341

LLORENTE y Albert MARTÍN, J., “El impacto de la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales en las relaciones laborales”, Disponible en: <https://elderecho.com/impacto-la-ley-1-2019-secretos-empresariales-las-relaciones-laborales>

MARCO ARCALÁ, L.A., “Los futuros avances en la armonización del Derecho de la competencia desleal en la Unión Europea: la propuesta de Directiva sobre la protección de la información empresarial no divulgada”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, no 35, 2015, p. 131-150.

MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la ley Ley 31/2014, de 3 de diciembre” en *Revista de Derecho de Sociedades*, Disponible en: https://www.montero-aramburu.com/wp-content/uploads/2017/01/art_20170110_pmm_derecho_informacion_socio.pdf

MASSAGUER FUENTES, J., “De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, páginas 46-70

MATEO Y VILLA, I., “No puede limitarse a los a los administradores el acceso a la información social”, en *Legal Today*, 20 de enero de 2019, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/registrar/no-puede-limitarse-a-los-administradores-el-acceso-a-la-informacion-social-rdgrn-de-4-de-mayo-de-2005>

MORALES BARCELÓ, J., “El derecho de información y el deber de secreto de los administradores” en “*El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*” J.M Bosch, 26 dic. 2019, páginas 43-50.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S, “La delimitación de la figura del administrador de hecho” en *Revista de Derecho mercantil* un.301/2016 parte Estudios.

SALELLES, J.R. “Los efectos de la declaración de quiebra sobre la cesión de la licencia de marca” en *Actas de Derecho Industrial*, XXII ADI 2001, pp. 431-454

2. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SAP Barcelona, (Sala de lo civil, Sección 15ª) num. 10/2009 de 13 de enero de 2009 (RJ 6131/2009)

STS (Sala de lo contencioso, sección 3ª) de 28 de enero de 2013, (RJ 184/2013)

STS (Sala de lo contencioso, sección 3ª) de 11 de octubre de 2006 (RJ 6651/2006)

STS (Sala de lo civil, Sección 991) num. 531/2013 de 19 de Septiembre de 2013 (RJ 4950/2013)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 662/2011 de 4 de octubre de 2011, (RJ 7170/2011)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 822/2011 de 16 de diciembre de 2011 (RJ 8836/2011)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 383/2009 de 8 de junio de 2009 (RJ 3877/2009)

3. ÍNDICE LEGISLATIVO

DAM, Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)

DPE, Directiva 2006/114/CE, del PE y del consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006) sobre Publicidad engañosa y publicidad comparativa

DSE, Directiva (ue) 2016/943 del parlamento europeo y del consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas

DPCDC, Directiva 2005/29/CE, del PE y del consejo de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores

LCD, Ley 3/1991 de Competencia Desleal

LEC, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil

LSE, Ley 1/2019 de Secretos Empresariales de 10 de febrero de 2019

RAM, Reglamento (UE) nº 596/2014 del PE y del consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado

TFUE, Tratado de Funcionamiento de la UE

TRLC, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal

TRLSC, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital